

A. I. Nº - 269200.0021/17-3  
AUTUADO - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.  
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA  
ORIGEM - IFEP NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/05/2019

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0077-03/19**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. a) MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. b) MERCADORIAS REGISTRADAS. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não operada a decadência suscitada. O sujeito passivo não elide a acusação. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 14.09.2017, exige crédito tributário no valor de R\$1.030.246,50, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em razão das seguintes irregularidades:

**Infração 01** - 07.04.01 - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$4.110,32, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, nos meses de fevereiro, outubro e dezembro de 2013.

“Infração trata de vendas a contribuintes não inscritos no Cadastro de Contribuintes do estado da Bahia. Infração relativa a notas fiscais de saídas de mercadorias não registradas nas respectivas EFDs.”

Enquadramento Legal: art. 8º, I, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/12.

**Infração 02** - 07.04.01 - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$1.026.136,18, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013.

“Infração trata de vendas a contribuintes não inscritos no Cadastro de Contribuintes do estado da Bahia”.

Enquadramento Legal: art. 353, I e art. 126, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 para as ocorrências até março/2012. Art. 8º, I, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/12, para as ocorrências posteriores.

O Autuado ingressa com defesa às fls. 23/34, inicialmente abordando a tempestividade da impugnação e transcrevendo as infrações a ele imputadas.

Em seguida pontua que o órgão julgador deve se ater ao princípio da verdade material, que encontra albergue na redação do art. 2º, do RPAF/BA, bem como no “princípio da inquisitoriedade”, expondo que as autoridades não devem ficar adstritos apenas as alegações produzidas pelas partes, devendo ir em busca de novas provas através de perícias ou diligências necessárias.

Argui como preliminar de nulidade a existência de vícios insanáveis, dizendo que a existência de erro material não possibilita a revisão do lançamento.

Dentre esses vícios, alega a falta de observação da Orientação Normativa do Parecer nº 17.819/2013, referente ao processo nº 1234772/2013-0. Entende que o autuante deveria seguir a orientação do

referido parecer. Afirma que de forma espontânea, antes da autuação, pediu orientação, através de consulta formal a DITRI, quando percebeu que ocorreu um erro de fato em seu software que emite as notas fiscais de saída.

Outro vício alegado pela defesa diz respeito ao percurso de prazo decadencial de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado (nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional – CTN). Tendo o lançamento ocorrido em 14/09/2017, com ciência da autuada em 24/11/2017, entende que os períodos de apuração correspondentes ao exercício de 2012 estariam alcançados pela decadência.

No mérito, inicia sua contestação considerando a multa aplicada de 150% como abusiva. Alega que a jurisprudência tem se posicionado contrariamente a este montante, e colaciona julgado do TRF-1.

Na sequência, mais uma vez reclama da falta de observação, por parte do autuante, em relação ao que dispõe o Parecer nº 7819/2013, que versava sobre procedimento dado ao contribuinte para corrigir um erro de fato que ocorreu inclusive no período de 2012, quando a mesma emitia nota fiscal de vendas a seus clientes.

Explica que nos períodos de janeiro de 2010 a outubro de 2012, quando a autuada emitia nota fiscal de venda, exclusivamente para os produtos que detinham redução da base de cálculo do ICMS de 17% para 7%, previstas no RICMS-BA (art 87. incisos XXI, XXI e XXXV), sendo eles leite em pó, leite líquido UHT, charque e vinagre e margarina, ocorreu um erro no seu Software e tais operações de redução na base de cálculo deixaram de ser realizadas no sistema de emissão das notas fiscais de saídas, onde o programa não concedia a citada redução da base de cálculo do ICMS, fazendo com que tanto o ICMS normal, quanto o ICMS substituição tivessem seus valores elevados.

Acrescenta que essas vendas eram destinadas a não contribuintes, e tendo como consequência ainda o aumento do ICMS da retenção para pessoas físicas, não contribuintes. Ainda sobre o citado erro, aduz que para piorar a situação o valor do ICMS NORMAL, destacado a maior, não foi considerado no custo da mercadoria, bem como o valor do ICMS da substituição por retenção, que além de não ser cobrado financeiramente ao seu cliente, também não foi inserido no custo da venda, pois o cliente pagava a vendedora apenas o valor do produto destacado na nota fiscal de venda.

Diz que todo esse fato narrado foi apresentado no pedido da autuada no citado parecer normativo, inclusive comprovando o recebimento bancário, conciliado, com a nota fiscal de venda.

Reclama que o erro é visível quando se compara a cobrança do ICMS levantado pela autuante, pois nas competências de janeiro a outubro/2012, os valores estão bem elevados face ao erro do software, ou seja, estão bem maiores, se comparados com o período de novembro/2012 a dezembro/2013, período que não mais existiram os erros.

Afirma que os valores cobrados nos períodos de ocorrências de 31/01/2012 à 31/10/2012 são indevidos, pois foi ocasionado pelo erro no software, no período de janeiro de 2010 a outubro de 2012. Acrescenta que os documentos fiscais, na maior parte relativo a operações destinadas a contribuintes do imposto não inscritos, foram emitidos sem considerar a redução da base de cálculo prevista na legislação para as operações.

Aduz que por outro lado, a fatura e respectivo boleto bancário de cobrança ao cliente foram emitidos com aplicação da carga efetiva de 7%, ou seja, os valores constantes nos documentos fiscais relativos às operações foram bem superiores aos montantes cobrados dos destinatários das mercadorias, não tendo repassado o ônus do tributo aos seus clientes, que, por não serem contribuintes inscritos, não aproveitariam o crédito. Afirma que tal fato foi comunicado a SEFAZ-BA, pelo processo número 12347720130, resposta obtida pelo Parecer nº 17819 de 2013.

Enfatiza que o fato mais relevante é que os clientes só pagavam os valores dos produtos e não os valores totais das notas fiscais, situação essa que diz que pode ser comprovado em comparação da nota fiscal, boleto de cobrança e extrato bancário.

Como exemplo cita a nota fiscal de nº 2646987, emitida em 03/01/2012, relatando que o valor total da nota era de R\$ 346,46, e que o valor do produto era de R\$ 307,82, sendo este último o montante constante do boleto bancário gerado para pagamento pelos clientes. Assevera que tal fato pode ser comprovado através do seu extrato bancário, como também as outras notas fiscais do mês de janeiro 2012.

Frisa que o erro ocasionado pelo programa de emissão de notas fiscais da autuada gerou ICMS dispendioso, e que a autuada não se beneficiou do ônus tributário gerado.

Entende que essa conduta não se pode ser penalizada, pois o ICMS gerado por erro não pertence também ao erário fazendário, por consequência, não gera prejuízo aos seus cofres. Comenta que os documentos fiscais que comprovam o erro de fato provocado pelo Software, tais como Nota Fiscal de venda, e extrato bancário foram apresentados a DITRI na consulta formal que expediu o parecer.

Colaciona a planilha abaixo, dizendo que fez a compensação, levando em consideração o verdadeiro valor do ICMS da retenção, considerando o valor do ICMS normal com redução da base de cálculo do ICMS em 58,825%, uma vez que os destinatários não acumulam o ICMS da compra por serem pessoas físicas.

| RESUMO DA APURAÇÃO DO ICMS RETENÇÃO E NORMAL PROVOCADO PELO ERRO DE FATO CONSOANTE DO PARECER NORMATIVO Nº17.819/2013 JAN/12 A OUT2012 |   |                                   |  |
|--|---|-----------------------------------|--|
| MÊS  | CRÉDITO PARA AUTUADA  | DÉBITO PARA AUTUADA               | SALDO A COMPESAR O ICMS RETENÇÃO NAS COMPETÊNCIAS SEGUINTE |
|  | SALDO DO ICMS NORMAL DESTACADO EM NF GERADO A MAIOR PELO ERRO DE FATO | ICMS RETENÇÃO DEVIDO CORRETAMENTE |  |
| jan/12   | R\$ 72.264,13   | 11.175,03                         | R\$ 61.089,10  |
| fev/12   | R\$ 59.961,31   | 10.097,45                         | R\$ 49.863,86  |
| mar/12   | R\$ 60.188,60   | 9.019,16                          | R\$ 51.169,44  |
| abr/12   | R\$ 65.450,99   | 9.602,85                          | R\$ 55.848,14  |
| mai/12   | R\$ 72.645,51   | 11.706,19                         | R\$ 60.939,32  |
| jun/12   | R\$ 73.673,39   | 11.748,50                         | R\$ 61.924,89  |
| jul/12   | R\$ 84.671,64   | 12.295,16                         | R\$ 72.376,48  |
| ago/12   | R\$ 80.371,10   | 11.961,74                         | R\$ 68.409,36  |
| set/12   | R\$ 74.680,37   | 10.548,21                         | R\$ 64.132,16  |
| out/12   | R\$ 102.983,28  | 18.700,95                         | R\$ 84.282,33  |
| <b>TOTAL</b>   | <b>R\$ 746.890,32</b>   | <b>R\$ 116.855,24</b>             | <b>R\$ 630.035,08</b>                                      |

Ao final, requer que seja reconhecida a NULIDADE ou a IMPROCEDÊNCIA das infrações ora defendidas.

O Autuante em informação fiscal fls. 776/785, inicialmente diz que as arguições defensivas não merecem prosperar.

No tocante à alegação de decadência, não acata a pretensão do autuado. Expõe que o comando normativo dita que o prazo decadencial é de cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte ao que o tributo poderia ser lançado. Desta forma, assevera que os fatos geradores ocorridos em 2012 e não adimplidos terão o termo inicial da decadência contado a partir do dia 01 de janeiro de 2013, com termo final em 31/12/2017. Aduz que tendo o autuado tomado ciência da autuação em 29/11/2017, não há que se falar em extinção de qualquer crédito tributário, já que o lançamento tornou-se eficaz (com a ciência do autuado) em data anterior ao termo final do prazo decadencial (31/12/2017).

Em relação ao parecer citado na peça defensiva, esclarece que o autuado, em período anterior à autuação, ainda no exercício de 2013, entrou com pedido de consulta nesta Secretaria de Fazenda nos seguintes termos: a Autuada pretendia realizar uma denúncia espontânea de débitos não recolhidos no exercício de 2012, mas descobriu que havia calculado o imposto a maior nas operações de saídas de mercadorias para contribuintes não inscritos, particularmente em relação aos produtos vinagre, charque, leite em pó, leite líquido UHT e margarina.

Estes produtos encontravam-se amparados pelo benefício da redução da base de cálculo, de forma que a carga tributária resultasse em 7%, ao invés da alíquota interna normal de 17%. Com isto, houve um destaque a maior do ICMS, tanto o normal como o relativo à antecipação tributária por retenção.

Acrescenta que no processo em questão, o Autuado alegou que, apesar de ter havido o destaque a maior do imposto, a cobrança dos clientes teria recaído apenas sobre o valor dos produtos, desconsiderando completamente o valor do imposto destacado a título de ICMS-ST.

Diz que com isto, o parecerista entendeu que o Autuado/Requerente tinha o direito de realizar a denúncia espontânea nos valores corretos, ou seja, considerando-se as alíquotas e reduções de base de cálculo incidentes nas operações e ignorando os valores destacados a maior nos documentos fiscais respectivos.

Expõe que este entendimento deu-se por ter o parecerista reconhecido que o ônus tributário teria sido suportado inteiramente pelo Autuado/Requerente, concedendo-lhe o direito de desconsiderar o imposto destacado a maior no cálculo do tributo a ser declarado espontaneamente.

Afirma, porém que a denúncia espontânea pretendida, para pagar o imposto que não foi recolhido, nunca foi realizada, culminando no presente lançamento nos valores originais destacados erroneamente nos documentos fiscais.

Entende que nas hipóteses de pagamento a maior, o procedimento para restituição de imposto deve obedecer a rito processual próprio, nos termos do Capítulo II, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99. Enfatiza que tal necessidade traz segurança jurídica e evita a possibilidade de dano ao Erário, uma vez que por má-fé ou não, possa requerer a restituição posteriormente dos mesmos valores.

Entende que mesmo na hipótese do Autuado ter direito à restituição por indébito tributário, sua discussão ou consideração não deve dar-se no bojo das discussões correntes.

Esclarece que no caso do ICMS normal o imposto segue diluído no preço da mercadoria, pago pelo adquirente, que verdadeiramente suporta o ônus tributário: o chamado contribuinte de fato.

Acrescenta que por força da norma tributária, o contribuinte de direito só pode pleitear a restituição de um pagamento realizado a maior se estivesse expressamente autorizado pelo contribuinte de fato, o que não foi comprovado em absoluto na peça defensiva.

Por outro lado, no que diz respeito ao ICMS-ST, diz que em virtude dos fatos comprovadamente reconhecidos no citado parecer de não ter sido o mesmo repassado ao cliente/destinatário das mercadorias, o direito a sua restituição deve estar resguardado, sendo o seu titular o Autuado, que é quem teria sofrido o ônus tributário.

Ao final pede a procedência do Auto de Infração.

Visando dirimir as controvérsias existentes e não sanadas na informação fiscal, o colegiado da 3ª JJF resolveu, na assentada do julgamento (fl. 792), converter o presente processo em diligência à ASTEC para que fiscal estranho ao feito adotasse as seguintes providências:

1 – Fizesse a devida análise da documentação apresentada pelo Autuado, bem como dos seus livros e registros fiscais, conforme solicitou a DITRI, visando comprovar se efetivamente está correta a compensação realizada pelo contribuinte, que afirma não haver diferença de imposto retido e não recolhido a ser exigida, referente ao exercício de 2012, após realizar o procedimento na forma estabelecida no Parecer nº 17.819/2013;

2 – Havendo a mencionada comprovação, que fosse elaborado novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração.

3 – Que após os procedimentos acima solicitados o contribuinte fosse devidamente cientificado, e que havendo manifestação do autuado, o autuante prestasse nova informação, retornando em seguida para julgamento.

O fiscal diligente em Parecer ASTEC nº 00065/2018, às fls. 797/798, informou que “*Foi procedida à analise da documentação apresentada pelo Autuado, “Planilha que demonstra os erros da emissão das notas fiscais”, fls. 49/270 e “notas fiscais de vendas com valores do ICMS gerados a maior”, fls. 272/771, constando que o autuado procedeu à correção dos cálculos que teriam sido feitos com erro, conforme Planilha e documentos às fls. 49/771*”.

Prossegue dizendo que “*Não foram verificados seus livros e registros fiscais, tendo em vista que o atuado se encontra INAPTO perante a Secretaria da Fazenda desde 25/10/2016, conforme comprovam os documentos anexados às fls. 799/801, não sendo possível intimar o responsável para apresentação de livros e documentos fiscais, apesar de tentativas “in loco”*”.

Conclui aduzindo que “*Não foi elaborado novo demonstrativo de débito para o auto de infração com os valores remanescentes tendo em vista que não houve a mencionada comprovação*”.

O autuado foi cientificado do Parecer acima mencionado, conforme Intimação à fl. 803, porém não se manifestou a respeito do mesmo.

## VOTO

Em relação às preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, devo dizer que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39 do RPAF/99. O autuado compareceu em sede de defesa, abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, demonstrando ter plena ciência dos motivos da autuação.

As acusações fiscais estão efetivamente motivadas no Auto de Infração, ou seja, estão claramente especificadas as infrações, infrator, descrição dos fatos, enquadramento legal, montante do débito exigido e da multa aplicada.

Dessa forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo impugnante, não se constatando qualquer das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99, no que diz respeito ao lançamento de ofício, ora guerreado.

Quanto à decadência suscitada, como havia divergentes interpretações entre os julgamentos do CONSEF e a jurisprudência dos órgãos superiores do Poder Judiciário baiano e nacional, a Procuradoria Geral do Estado, foi instada a pronunciar acerca do tema. Por consequência, a PGE enunciou o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, abaixo transscrito, consolidando a jurisprudência administrativa acerca da decadência com relação ao ICMS.

### *Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0*

*Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com*

*fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.*

**Ressalva:** O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

**Nota 1:** Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

**Nota 2:** As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

No presente caso, por se tratar as diferenças apuradas de débito não declarado e não pago (infração 01), e débito declarado, mas também não pago (infração 02), devem ser aplicadas as regras estabelecidas no art. 173, inciso I do CTN, e a contagem se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado.

Tendo em vista que as ocorrências se consumaram nos exercícios de 2012 e 2013, e a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do mês do exercício seguinte, ou seja, em relação a 2012, inicia-se em 01/01/2013, findando-se em 31/12/2017. Como o presente lançamento fiscal foi efetivado em 24/11/2017, com a ciência do autuado, não há que se falar em decadência dos valores aqui exigidos. Dessa forma, afasto a decadência suscitada.

No mérito, as duas infrações se referem à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes não inscritos, localizados neste Estado.

O autuado alegou que o autuante não atendeu as determinações do Parecer nº 17.819/2013, emitido pela DITRI, referente ao processo de consulta nº 1234772/2013-0. Asseverou que formulou a consulta à DITRI, antes da ação fiscal, relatando que no período de janeiro de 2010 a outubro de 2012, quando emitia nota fiscal de venda, exclusivamente para os produtos que detinham redução da base de cálculo do ICMS de 17%, para 7%, ocorreu um erro no seu Software e tais operações de redução na base de cálculo deixaram de ser realizadas no sistema de emissão das notas fiscais de saídas, onde o programa não concedia a citada redução da base de cálculo do ICMS, fazendo com que tanto o ICMS normal, quanto o ICMS substituição tivessem seus valores elevados, acima do realmente devido.

No Parecer acima mencionado (fls. 47/48), a DITRI, com base na documentação apresentada pelo autuado, e também anexada ao presente processo (Anexos 4, 5 e 6 – fls. 49 a 771), reconheceu a procedência da exposição do consulente, concluindo que o mesmo poderia apresentar denúncia

espontânea, recolhendo o ICMS substituição tributária, relativo ao período citado, utilizando-se do benefício da redução da base de cálculo, ressalvando, no entanto, que aplicação da redução da base de cálculo do leite de gado tipo longa vida somente se aplicaria se o produto tivesse sido fabricado neste Estado (art. 268, XXIX do RICMS/12). Quanto ao imposto relativo às operações próprias, recolhido sem o benefício da redução, orientou que fosse deduzido no cálculo do ICMS substituição tributária, cabendo à fiscalização de estabelecimento a posterior análise de documentação comprobatória e, homologação dos cálculos.

O Autuante, por sua vez, alegou que a denúncia espontânea não foi realizada, e exige no presente lançamento os valores originais destacados nos documentos fiscais. Considera que nas hipóteses de pagamento a maior, o procedimento para restituição de imposto deve obedecer a rito processual próprio, nos termos do Capítulo II do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99.

Visando dirimir controvérsias existentes e não sanadas na informação fiscal, o colegiado da 3<sup>a</sup> JJF resolveu, na assentada do julgamento (fl. 792), converter o processo em diligência à ASTEC para que fiscal estranho ao feito verificasse os livros e documentos fiscais do autuado.

O fiscal diligente em Parecer ASTEC nº 00065/2018, às fls. 797/798, informou o seguinte: “*Não foram verificados seus livros e registros fiscais, tendo em vista que o atuado se encontra INAPTO perante a Secretaria da Fazenda desde 25/10/2016, conforme comprovam os documentos anexados às fls. 799/801, não sendo possível intimar o responsável para apresentação de livros e documentos fiscais, apesar de tentativas “in loco”*”.

Diante da informação do fiscal diligente, verifica-se que não foi possível efetuar a análise da documentação comprobatória para a homologação dos cálculos efetuados pelo autuado, conforme determinou o Parecer da DITRI retro citado, tendo em vista a falta dos livros e registros fiscais do contribuinte.

Deve se ressaltar que o artigo 123 do RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações.

Por outro lado, resta patente nos autos que o autuado não recolheu o imposto devido por substituição tributária, relativo às operações questionadas, mesmo aplicando a redução, conforme pleiteou e foi orientado para assim proceder no Parecer da DITRI já mencionado. E como não apresentou seus livros e registros fiscais, não foi possível verificar o seu direito a redução da base de cálculo arguida, inclusive porque não caberia tal redução para as vendas de leite de gado tipo longa vida que não tivesse sido fabricado neste Estado (art. 268, XXIX do RICMS/12).

Nessas circunstâncias, não há como se deixar de exigir, no presente lançamento, os valores originais do ICMS ST destacados nos documentos fiscais emitidos pelo próprio autuado, e não recolhidos aos cofres do Estado.

Contudo, o impugnante pode apresentar levantamento posteriormente, e solicitar para sua Inspetoria, análise do direito ao crédito decorrente do ICMS próprio, que tenha sido recolhido a maior em função da não aplicação da redução da base de cálculo e, que efetivamente tenha direito, para quitar parte da presente autuação.

Quanto ao argumento da constitucionalidade da lei infraconstitucional, não pode ser apreciado nesta seara administrativa, acorde art. 167, I do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Outrossim, a multa aplicada está tipificada na Lei nº 7.014/96, e também não cabe a apreciação do argumento de confisco, nem de seu caráter abusivo pelas razões adrede mencionadas.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269200.0021/17-3, lavrado contra

**ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.030.246,50**, acrescido da multa de 150%, prevista na alínea “a”, do inciso V, do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADOR